

4
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B (1973) §§ 8, 4 A, 13 A; ZPO § 139

- a) Zu den Mängelbeseitigungsfolgen, für die der Auftragnehmer/Unternehmer nicht aufkommen muß, weil er nicht rechtzeitig zur fristgebundenen Nachbesserung aufgefordert worden ist, kann auch ein Minderwert gehören, den der Auftragnehmer/Unternehmer durch eigene Mängelbeseitigung möglicherweise hätte abwenden können (Ergänzung zu Senatsurteilen BGHZ 96, 221, 226/227; NJW 1986, 428).
- b) § 8 Nr. 6 VOB/B (1973), wonach der Auftragnehmer unverzüglich eine prüfbare Rechnung über die ausgeführten Leistungen vorzulegen hat, gilt auch für eine vom Auftraggeber nach § 8 Nr. 1 VOB/B (1973) ausgesprochene Kündigung.
- c) Eine Revisionsrüge aus § 139 ZPO ist nur dann ordnungsgemäß erhoben, wenn im einzelnen angegeben wird, was auf einen entsprechenden Hinweis vorgebracht worden wäre.

BGH, Urt. v. 8. Oktober 1987 - VII ZR 45/87 - OLG Celle

LG Bückeburg -

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 45/87

Verkündet am
8. Oktober 1987
Seelinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kapitäns Lothar H[REDACTED], De[REDACTED] Nr. [REDACTED], S[REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten, Berufungs-
beklagten, Anschlußberufungsklägers,
Revisionsklägers und Anschlußrevi-
sionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die D[REDACTED]-Dachdeckerei GmbH, vertreten durch die
Geschäftsführerin Sylvia A[REDACTED] geb. F[REDACTED], O[REDACTED]-
straße [REDACTED], B[REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungs-
klägerin, Anschlußberufungsbe-
klagte, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Obenhaus und Prof. Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Teilurteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 20. Januar 1987 wird zurückgewiesen. Auf die Anschlußrevision der Beklagten wird - unter Zurückweisung im übrigen - das angeführte Urteil aufgehoben, soweit die Widerklage in Höhe von 6.253,80 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kläger hat 5/7 der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen 2/7 wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Der Kläger hat die Beklagte mit schriftlichem Vertrag vom 31. Juli 1984 beauftragt, zum Pauschalpreis von 30.500 DM das Dach seines Wohnhauses in D. neu einzudecken. Die Geltung der VOB/B ist dabei vereinbart worden. Wegen des Verlangens der Beklagten nach einer über die schon abschlagsweise erhaltenen 20.000 DM hinausgehenden weiteren Abschlagszahlung von 5.000 DM haben die Parteien sich zerstritten. Nachdem die Beklagte daraufhin ihre Arbeit eingestellt und trotz entsprechender Aufforderung nicht wieder aufgenommen hatte, hat der Kläger ihr mit Schreiben vom 10. September 1984 schließlich mitgeteilt, daß er die restlichen Arbeiten anderweitig vergeben habe.

Mit seiner Klage hat er sodann zunächst 16.860 DM (nebst Zinsen) von der Beklagten verlangt. Dazu hat er behauptet, zur Vollendung der von der Beklagten nicht fertiggestellten Arbeiten einschließlich der Beseitigung von Mängeln dieser Arbeiten werde er 27.360 DM aufwenden müssen. Unter Berücksichtigung der schon an die Beklagte gezahlten 20.000 DM werde er also für die von der Beklagten geschuldeten Leistungen insgesamt 47.360 DM bezahlen müssen. Deshalb müsse die Beklagte ihm in Höhe der Differenz von 16.860 DM zum vereinbarten Pauschalpreis Schadensersatz leisten. Später hat der Kläger seine Klage wegen angeblicher und auf Versäumnisse der Beklagten zurückzuführende Wasserschäden um 11.707,80 DM (nebst Zinsen) erweitert.

Die Beklagte will demgegenüber dem Kläger keinen Grund zur Auflösung des Vertragsverhältnisses gegeben haben. Sie

hat Mängel ihrer erbrachten Werkleistungen bestritten und sich ferner darauf berufen, daß der Kläger sie zur Beseitigung derartiger Mängel nicht aufgefordert habe. Über die von ihr erbrachten Leistungen hat sie am 20. September 1984 eine Rechnung über 27.097,40 DM erteilt und unter Berücksichtigung der erhaltenen Abschlagszahlung von 20.000 DM die restlichen 7.097,40 DM (nebst Zinsen) mit ihrer Widerklage geltend gemacht.

Durch Teilurteil hat das Landgericht der Klage wegen des Klageteilbetrages von 16.860 DM (nebst Zinsen) stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Mit ihrer Berufung hat die Beklagte die Abweisung der Klage und auf ihre - ermäßigte - Widerklage die Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 7.037,72 DM (nebst Zinsen) erreichen wollen. Der Kläger hat das landgerichtliche Urteil verteidigt und mit seiner Anschlußberufung die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 740,36 DM (nebst Zinsen), Sachverständigenkosten betreffend, begehrt. Zu dem vom Landgericht ausgeurteilten Betrag von 16.860 DM hat er nunmehr ausgeführt: Für die Vollendung der von der Beklagten begonnenen Arbeiten und für die Beseitigung von Mängeln an den von der Beklagten erbrachten Leistungen habe er inzwischen insgesamt nur 14.764,34 DM aufgewendet. Das Dach sei jedoch nicht so hochwertig gedeckt worden, wie es die Beklagte geschuldet habe; es weise jetzt vielmehr einen Minderwert jedenfalls in Höhe der restlichen 2.095,66 DM auf, den ihm die Beklagte ebenfalls ersetzen müsse.

Mit Teilurteil vom 20. Januar 1987 hat das Oberlandesgericht die Klage hinsichtlich der vom Landgericht ausgeteilten 16.860 DM (nebst Zinsen) abgewiesen, im übrigen die Abweisung der Widerklage bestätigt und die Revision zugelassen. Dagegen wehren sich der Kläger mit der Revision und die Beklagte mit der unselbständigen Anschlußrevision. Der Kläger verfolgt den Klageteilbetrag von 16.860 DM (nebst Zinsen) weiter, die Beklagte ihre Widerklage noch in Höhe von 6.745,63 DM (nebst Zinsen). Beide Parteien beantragen, das Rechtsmittel bzw. den Rechtsbehelf des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Kläger gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1, § 5 Nr. 4 VOB/B wegen der Arbeitseinstellung der Beklagten zur Entziehung des Auftrages berechtigt gewesen ist. Denn selbst wenn das zu bejahen sei, könne er die mit der Beauftragung des Nachfolgeunternehmers entstandenen Fremdnachbesserungskosten nicht von der Beklagten verlangen, weil er die Beklagte nicht vorher zur Beseitigung von Mängeln ihrer erbrachten Werkleistungen aufgefordert habe. Die bei der Vollendung des Werks etwa entstandenen Mehrkosten habe der Kläger nicht ausreichend dargelegt, insbesondere nicht von den Fremdnachbesserungskosten getrennt. Auch zum angeblich verbliebenen Minderwert habe er substantiierte Angaben nicht gemacht. Deshalb hat das Oberlandesgericht den an ihn gelangten Teil des Klageanspruchs insgesamt abgewiesen.

Zur Abweisung der Widerklage hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Beklagte habe nicht substantiiert dargelegt, daß der Wert der von ihr erbrachten Leistungen mehr als 18.541,21 DM betrage. Da sie abschlagsweise schon 20.000 DM erhalten habe, sei ihr Vergütungsanspruch nicht begründet.

Die Revision hat keinen, die Anschlußrevision teilweisen Erfolg.

I.

Zur Revision des Klägers

1) Fremdnachbesserungskosten

a) Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß dem Kläger ein Anspruch auf Erstattung der Fremdnachbesserungskosten hinsichtlich etwaiger Werkmängel an den bis zur Arbeitseinstellung erbrachten Leistungen der Beklagten nicht zusteht. Insoweit kommt es in der Tat nicht darauf an, ob die Beklagte dem Kläger mit der Arbeitseinstellung Grund zu einer Auftragsentziehung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1, § 5 Nr. 4 VOB/B gegeben hat, oder ob der Kläger den Werkvertrag lediglich nach den §§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, 649 BGB gekündigt hat. In beiden Fällen behält der Auftragnehmer grundsätzlich das Recht, Mängel seiner bis zur Auftragsentziehung erbrachten Werkleistungen selbst zu beseitigen. Das hat der Senat inzwischen in dem Urteil vom 25. Juni 1987 (VII ZR 251/86 = ZfBR 1987, 238) ausführlich begründet. Darauf wird Bezug genommen.

b) Sein Recht, Mängel seiner Werkleistungen selbst zu beseitigen, verliert der Auftragnehmer regelmäßig nur, wenn er es innerhalb einer ihm vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht ausübt; erst dann kann der Auftraggeber auf Kosten des Auftragnehmers fremdnachbessern lassen (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B). Ebenso ist es, wenn der Auftraggeber nach § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 VOB/B dem Auftragnehmer den Auftrag entzieht (Senatsurteil vom 15. Mai 1986 - VII ZR 176/85 = BauR 1986, 573 = ZfBR 1986, 226).

Unstreitig hat der Kläger die Beklagte nicht unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht davon aus, daß hier eine solche Fristsetzung auch nicht entbehrlich war. Die tatrichterliche Wertung des Berufungsgerichts, daß die Weigerung der Beklagten, die Arbeiten so lange nicht fortzusetzen, bis der Kläger eine weitere Abschlagszahlung geleistet hatte, sich nicht auch darauf bezogen habe, etwaige, seinerzeit auch noch gar nicht bekannte Mängel an den bereits erbrachten Werkleistungen zu beseitigen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie ist zumindest möglich, die Revision muß sie deshalb hinnehmen.

c) Ob, wie die Revision meint, bei einem Mängelumfang, der praktisch eine Neuherstellung erfordert, etwas anderes gelten müßte, kann offen bleiben. Hier war nämlich keineswegs eine völlige Neuherstellung der von der Beklagten bereits erbrachten Leistungsteile erforderlich. Die Beklagte hatte auch das alte Dach abgedeckt, die Lattung erneuert, Traufen angebracht, die benötigten Dachpfannen angeliefert

und diese zum Teil schon auf der Lattung verlegt. Die vom Nachfolgeunternehmer vorgenommene nochmalige und auch wohl andere Verlegung der von der Beklagten bereits aufgebrauchten Dachpfannen bedeutete deshalb nicht die völlige Neuherstellung der von der Beklagten bis zur Auftragsentziehung erbrachten Werkleistungen.

Das Berufungsgericht hat deshalb einen Anspruch des Klägers auf Erstattung der Fremdnachbesserungskosten zu Recht verneint.

2) Mehrkosten bei der Vollendung des Werks

Die durch die Vollendung des Werks durch einen Nachfolgeunternehmer und den Kläger selbst entstandenen Mehrkosten kann der Kläger von der Beklagten nur ersetzt verlangen, wenn er der Beklagten den Auftrag wirksam nach § 8 Nr. 3 Abs. 1, § 5 Nr. 4 VOB/B entzogen hat (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B). Eine Auftragsentziehung nach §§ 8 Nr. 1 VOB/B, 649 BGB löst einen solchen Anspruch nicht aus.

Daß das Berufungsgericht die Art der Auftragsentziehung bei der Entscheidung über den Klageteilanspruch hinsichtlich dieser Mehrkosten offen gelassen hat, ist im Ergebnis unschädlich. Dabei kann unerörtert bleiben, ob es - bevor es die Mehrkosten als unzureichend dargelegt ansehen durfte - den Kläger gemäß § 139 ZPO darauf hätte hinweisen müssen, daß er Fremdnachbesserungskosten und bei der Vollendung des Werks etwa entstandene Mehrkosten nicht in einem einheitlichen Betrag (von 14.764,34 DM) geltend machen kann,

sondern daß er sie aufschlüsseln muß. Denn der Kläger hat keine ordnungsgemäße Revisionsrüge aus § 139 ZPO erhoben.

Nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum muß derjenige, der eine Verletzung des § 139 ZPO durch das Berufungsgericht rügt, im einzelnen angeben, was er auf einen entsprechenden Hinweis vorgebracht hätte. Der zunächst unterbliebene Vortrag muß vollständig nachgeholt und über die Rüge aus § 139 ZPO schlüssig gemacht werden (so schon RG JW 1931, 1795; BAGE 32, 56, 66 m.w.N.; BayObLGZ 1969, 105, 106; 1969, 148, 152 m.w.N.; Stein/Jonas/Leipold, 20. Aufl., § 139 ZPO Rdn. 36; Zöller/Stephan/Schneider, ZPO, 15. Aufl., § 139 Rdn. 15 § 554 Rdn. 14; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 45. Aufl., § 139 ZPO Anm. 1 B; Thomas/Putzo, ZPO, 15. Aufl., § 139 Anm. 1, § 554 Anm. 4 b; Siegert NJW 1958, 1025, 1026 unter Hinweis in FN 19 auf das unveröffentlichte Senatsurteil vom 6. Dezember 1956 - VII ZR 259/56 -).

Das hat der Kläger versäumt. In der Revisionsbegründung findet sich nichts darüber, wie sich die Gesamtsumme von 14.764,34 DM zusammensetzt. Der Kläger hält im Gegenteil sogar eine Aufschlüsselung dieses Betrages nach Mängelbeseitigungskosten und Mehrkosten bei der Vollendung des Werks für "praktisch nicht durchführbar". Wenn ihm das jetzt nicht mehr möglich sein sollte, so ist das jedoch allein eine Folge der von ihm voreilig veranlaßten Fremdnachbesserung, die er sich selbst zuzuschreiben hat. Rechtsfehlerfrei hat sich deshalb das Berufungsgericht mangels greifbarer Anhaltspunkte auch zu einer Schätzung gemäß § 287 ZPO nicht in der Lage gesehen (BGHZ 54, 45, 55 m.N.), soweit eine solche Schätzung hier überhaupt in Betracht kam.

Darauf, wann das Gericht einen nach Lage des jeweiligen Falles notwendigen Hinweis gemäß § 139 ZPO geben muß, wegen des Berufungsgerichts u.a. die Revision zugelassen hat, kommt es nach alledem nicht an (vgl. dazu jedoch z.B. Senatsurteil NJW 1981, 1378, 1379).

3) Wertminderung

Das Berufungsgericht hat dem Kläger auch den Ersatz des ihm nach der Neueindeckung des Daches angeblich verbliebenen Minderwerts von 2.095,66 DM im Ergebnis zu Recht versagt. Allerdings war der diesbezügliche Vortrag des Klägers entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hinreichend substantiiert. Das Berufungsurteil erweist sich in diesem Punkt aber aus anderen, rechtlichen Gründen als richtig.

Da die Beklagte vom Kläger nicht rechtzeitig unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufgefordert worden ist und eine solche Aufforderung auch nicht entbehrlich war, hat die Beklagte nur den (technischen oder merkantilen) Minderwert zu ersetzen, der trotz erfolgreicher Mängelbeseitigung an dem von ihr erstellten Werk verbleibt (vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 96, 221, 226/227; NJW 1986, 428, jeweils m.w.N.). Darum geht es hier jedoch nicht. Der Kläger hat nämlich das Dach anders als im Vertrag mit der Beklagten vorgesehen nachdecken und dabei eine Folie einziehen lassen. Er macht geltend, in der angegebenen Höhe sei das vom Nachfolgeunternehmer vollendete Werk weniger wert als das ursprünglich von der Beklagten geschuldete. Denn die vom Nachfolgeunternehmer schließlich gewählte Ausführungsart biete

weniger Schutz vor Feuchtigkeit, als das von der Beklagten ursprünglich unter Verwendung dazu passender Pappdocken herzustellende Vario-Hohlfalzdach. Der vom Kläger behauptete Minderwert ergibt sich also allein daraus, daß lediglich anders nachgebessert worden ist, als die Beklagte geschuldet hat. Durch eigene Mängelbeseitigung hätte die Beklagte das möglicherweise abwenden können. Daß es zu den Hohlfalzziegeln passende Pappdocken gibt, hat der vom Landgericht zugezogene Sachverständige Hunger bestätigt.

Dann aber fällt der vom Kläger geltend gemachte Minderwert unter die Mängelbeseitigungsfolgen, für die die Beklagte nicht aufkommen muß, weil sie nicht rechtzeitig zur Nachbesserung aufgefordert worden ist (vgl. dazu Senatsurteile BGHZ 92, 123, 125 m.N.; 96, 221, 226; NJW 1982, 1524). Denn grundsätzlich bestimmt der Unternehmer/Auftragnehmer, der das Recht, Mängel an dem von ihm erstellten Werk selbst zu beseitigen oder beseitigen zu lassen, noch nicht verloren hat, auf welche Weise nachzubessern ist (Senatsurteile vom 4. Juni 1973 - VII ZR 112/71 = BauR 1973, 313, 317, insoweit in BGHZ 61, 42 und NJW 1973, 1792 nicht abgedruckt sowie vom 23. September 1976 - VII ZR 14/75 = BauR 1976, 430, 432, jeweils m.w.N.). Ihm die Wahrnehmung dieser seiner Rechte zu ermöglichen, dient gerade die vorgeschriebene Aufforderung zur Mängelbeseitigung (vgl. auch Senatsurteil BGHZ 96, 221, 226). Wird sie unterlassen und kann sich der Unternehmer/Auftragnehmer - wie hier - darauf berufen, daß sie hätte erteilt werden müssen, kann der Besteller/Auftraggeber keine Ansprüche aus allen Folgen herleiten, die durch eigene Nachbesserung abzuwenden der Unternehmer/Auftragnehmer nicht einmal die Gelegenheit erhalten hatte. So ist es hier.

Damit kann die Revision des Klägers insgesamt keinen Erfolg haben.

II.

Zur Anschlußrevision der Beklagten

Das Berufungsgericht geht bei seiner Entscheidung zur Widerklage ebenfalls davon aus, daß es nicht darauf ankomme, ob die Beklagte dem Kläger einen wichtigen Grund zur Auftragsentziehung gegeben hat. Es berechnet den Vergütungsanspruch der Beklagten allein nach ihren bis zur Auftragsentziehung erbrachten Leistungen und meint, die Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt, daß ihr dafür ein die erhaltene Abschlagszahlung von 20.000,- DM übersteigender Werklohn zustehe.

Dagegen wendet sich die Anschlußrevision der Beklagten zum größten Teil mit Erfolg.

1. Allerdings konnte das Berufungsgericht - entgegen der Ansicht der Anschlußrevision - auch in diesem Zusammenhang offen lassen, ob der Kläger einen wichtigen Grund zur Kündigung hatte und sich deren Rechtsfolgen deshalb nach § 8 Nr. 3 VOB/B richten. Denn auch wenn die Kündigung des Klägers nach § 8 Nr. 1 VOB/B zu beurteilen ist, mußte die Beklagte über die von ihr erbrachten Leistungen unverzüglich eine prüfbare Rechnung vorlegen. Seit der Fassung der VOB/B von 1973 gilt § 8 Nr. 6 für alle in § 8 geregelten Kündigungsfälle, auch den der Nr. 1 (allgemeine Meinung vgl.

OLG München ZfBR 1982, 67, 68 = S/F/H § 8 VOB/B Nr. 6;
Ingenstau/Korbion VOB, 10. Aufl., B § 8 Rdn. 48; Heiermann/
Riedl/Rusam/Schwaab, VOB, 4. Aufl., § 8 Rdn. 35; Nicklisch/
Weick, VOB Teil B, § 8 Rdn. 59; vgl. auch Senatsurteil NJW
1987, 382).

Wird ein Bauvertrag gekündigt, nachdem mit den Arbeiten
bereits begonnen worden ist, kann sich die Abrechnung nach
der vereinbarten Vergütung unter Abzug der Ersparnisse nur
auf den noch nicht vollendeten Teil der Leistungen beziehen.
Lediglich insoweit können überhaupt Ersparnisse eintreten,
im Umfang der geleisteten Arbeiten wurde nichts erspart
(vgl. Ingenstau/Korbion aaO Rdn. 6; Heiermann/Riedl/Rusam/
Schwaab aaO Rdn. 4 a; Soergel in MünchKomm § 649 BGB
Rdn. 12).

Die Beklagte hat denn auch mit ihrer Rechnung vom
20. September 1984, die der Widerklage zugrundeliegt, aus-
drücklich nur die von ihr ausgeführten Arbeiten und ge-
lieferten Baustoffe abgerechnet. Das gilt vor allem für die
Position 1. Wenn die Beklagte dort von den im Leistungsver-
zeichnis enthaltenen Preisen ausgeht und davon den für einen
Arbeitstag an vier Mann zu zahlenden Bruttolohn abzieht, so
dient das allein der Bewertung der insoweit erbrachten
Leistung. Denn für die Vollendung dieser Leistung will die
Beklagte nur noch einen Tag gebraucht haben. So hat sie es
jedenfalls im Berufungsrechtszug vorgetragen. Für die nicht
ausgeführten Arbeiten hat die Beklagte bisher keine Ver-
gütung verlangt.

2. Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht jedoch darin, daß die Beklagte die mit der Widerklage geltend gemachte Restwerklohnforderung nicht hinreichend dargelegt habe. Dabei geht es allein um zwei Positionen der Rechnung vom 20. September 1984:

a) So lautet Nr. 1:

"277 m² Alte Dachfläche abgetragen,
abgelattet, Schutt abgefahren
und Dachfläche ausgeglichen.
Mit "Meyer-Holsen" vorgedeckt u.
zur Hälfte eingedeckt in Pappdacken 17.174,-- DM
abzüglich:
1 Arbeitstag für die Restleistung
bestehend aus:

./. 8 Arbeitsstd. Geselle	a 16,03 DM	128,24 "
./. 8 " "	a 15,03 "	120,24 "
./. 8 " Helfer	a 12,50 "	100,-- "
./. 8 " "	a 15,03 "	120,24 "
(Bruttolöhne)	./. 469,08 DM	
<u>Endbetrag Pos. 1</u>		<u>16.704,92 DM"</u>

In Anlehnung an die entsprechende Position des Leistungsverzeichnisses wird damit schlüssig behauptet, daß die im einzelnen umschriebene Leistung weitgehend fertiggestellt war bis auf den Aufwand von je 16 Gesellen- und Helferstunden, die für ihre Vollendung nötig gewesen wäre, wobei die Bruttolöhne der Arbeiter als Bewertungsfaktoren angegeben sind. Das muß in einem Falle wie dem vorliegenden genügen.

Wenn demgegenüber der Kläger unter Berufung auf ein von ihm selbst eingeholtes Sachverständigengutachten meint, diese von der Beklagten erbrachten Leistungen seien nur mit

insgesamt 10.190,- DM zu bewerten, so bestreitet er damit lediglich substantiiert die gegenteilige Behauptung der Beklagten. Es stehen sich also zwei in sich schlüssige Behauptungen gegenüber. Das Berufungsgericht hätte deshalb den von der Beklagten angetretenen Zeugen- und Sachverständigenbeweis erheben müssen, dem die aufgestellten Behauptungen durchaus zugänglich sind.

b) Zu Nr. 11 der Rechnung

"3 Stck. Belfa-Fenster eingebaut 130,- 390,-- DM"

hatte die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung vorgetragen, diese Fenster seien nachträglich in Auftrag gegeben worden, der Preis sei angemessen. Darauf hat der Kläger behauptet, die Fenster hätten als Ausgleich für eingespartes Blei ohne zusätzliche Berechnung eingebaut werden sollen. Das hat wiederum die Beklagte unter Beweisantritt bestritten. Wenn dann der Kläger kurz vor der letzten mündlichen Verhandlung vortragen ließ, er habe die drei Fenster selbst beschafft, und die Beklagte dem entgegentrat, so mußte das Berufungsgericht vernünftigerweise den Beweisantritt der Beklagten, daß die Fenster nicht unentgeltlich geliefert und eingebaut werden sollten, auch darauf beziehen, daß sie überhaupt von der Beklagten stammen.

3. Die Beklagte durfte allerdings der Abrechnung der von ihr erbrachten Leistungen nicht ausschließlich die von ihr im Leistungsverzeichnis angebotenen Einheitspreise zugrundelegen. Da sie aus diesen Einzelpreisen eine

Pauschale gebildet hat, muß sie den anteiligen Abschlag von 1,87 % auch bei der Abrechnung der ausgeführten Arbeiten nach vorzeitiger Vertragsbeendigung machen (allgemeine Meinung vgl. Ingenstau/Korbion aaO Rdn. 50; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab aaO Rdn. 36). Das hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen und die Anschlußrevision im einzelnen auch nicht angegriffen.

Die noch anhängige - streitige - Widerklageforderung errechnet sich daher wie folgt:

Positionen 1 - 7, 9, 10, 13, 16 der Rechnung vom 20. September 1984 netto	23.071,08 DM
./. 1,87 %	<u>431,43 DM</u>
	22.639,65 DM
+ Pos. 11 (nachträglich erteilter Auftrag)	<u>390,-- DM</u>
	23.029,65 DM
+ 14 % MWSt	<u>3.224,15 DM</u>
	26.253,80 DM
./. Abschlagszahlungen	<u>20.000,-- DM</u>
	6.253,80 DM.

Insoweit ist die Sache noch nicht entscheidungsreif.

III.

In diesem Umfang muß das angefochtene Urteil vielmehr aufgehoben werden. Die weitergehende Anschlußrevision der Beklagten und die Revision des Klägers sind zurückzuweisen. Die Entscheidung über 5/7 der Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf §§ 97, 92 ZPO. Die Entscheidung über die rest-

lichen 2/7 wird dem Berufungsgericht übertragen, das nunmehr die von der Beklagten zur Widerklageforderung angetretenen Beweise zu erheben haben wird.

Girisch

Recken

Doerry

Obenhaus

Walchshöfer